

# 米国著作権法の判例法理

---

## 創作性の概念

### 1 はじめに

創作性の概念は、著作権の成立要件であると同時に、著作物の保護範囲を決定する要素でもある。

米国著作権法（1976年法）102条a項は、「著作権による保護は、この法律に従って、著作者の創作にかかる著作物(original works of authorship)であって、表現の有形的媒体に固定されたものに存する」と規定して、「表現の有形的媒体への固定」とともに、「創作性」(originality)が著作権の成立要件であると明定する。裁判所は、著作権法制定（1790年）以来一貫して、著作権法制定を授権する連邦憲法1条8項8号に定める「著作者」(author)および「著作」(writings)の解釈として、創作性が著作物の成立要件であるとの立場をとっていた。現行法である1976年法における前記の規定は、これを条文化したものであり、法律上明記した最初のものである。なお、同じく著作物成立の要件である「表現の有形的媒体への固定」は、連邦法で規制する著作権法の領域と州法で規制する著作権法の領域を画するための概念であって、実体的な重要性をもたない。

他方、ある著作物に創作性が認められたからといって、当該著作物のすべての要素が著作権の保護を受けられるわけではない。著作権の保護を受けられる範囲は、創作性が認められる要素にかぎられる。著作物の要素の中には、創作性のある要素とない要素がある。たとえば、電話加入者の電話番号を列記した電話帳は、電話番号の選択・配列には創作性が認められうるが、電話番号自体には創作性が認められえない。したがって、電話帳から電話番号を複製することには電話帳の著作権は及ばないが、電話番号の選択・配列を複製することには電話帳の著作権が及ぶうる。

このように著作権の成立要件でありかつ著作物の保護範囲を決定する創作性の概念は、以下の判例によって発展し、具体化されている。

---

## 2 バローギル判決

Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884)

### [ 事実 ]

原告は、写真家であり、「オスカー・ワイルド 18 番」という題名の写真について著作権をもっていた。被告は、印刷業者であり、原告の「オスカー・ワイルド 18 番」を原告に無断で石版印刷し、販売した。そこで、原告は、被告を著作権侵害でニューヨーク南部地区連邦巡回裁判所(1911年まで現在の連邦地方裁判所(U.S. district courts)は連邦巡回裁判所(U.S. circuit courts)と呼ばれていた)に訴えた。裁判所が著作権侵害を認めたので、被告は、連邦憲法上、写真には著作物性がないと主張して、連邦最高裁に上告した。

### [ 争点 ]

写真に著作物性があるか。写真撮影者および写真は、それぞれ連邦憲法にいう「著作者」および「著作」に含まれるか。

### [ 判旨 ]

連邦最高裁は、連邦憲法上、連邦議会が写真に著作権を付与することができるかについて次のように論ずる。

「憲法 1 条 8 項は、連邦議会に広範囲な権限を付与している。その第 8 号において、連邦議会は、『著作者および発明者に対して、それぞれの著作および発明に対する排他的な権利を一定期間に限り付与することに

より、科学および有用な技芸の振興を促進する』権限を認められている。本件における上告人の主張は、写真は著作ではないし、著作者の作成物でもないというものである。・・・

その意味 [ 憲法規定 ] における著作者(author)とは、『そのものの起源が帰する(owes its origin)ところの者、創作者(originator)、作成者(maker)、科学上・文芸上の作品を完成させた者』をいう。・・・連邦議会が、著述、印刷物、彫刻物等、著作者の内心のアイデアを目に見える形にしたあらゆる形式を著作(writings)に含むことを宣言したのは適切である。写真が 1802 年法に列挙されなかった唯一の理由は、おそらく、写真の科学的原理ならびにこれを操作する薬品および機械は立法後かなり経ってから発見されたので、写真が当時存在せず、写真というものが技術として知られていなかったためである。

当裁判所は、写真が著作者の創作的な知的観念(original intellectual conceptions of the author)を表すものであるかぎり、明らかに憲法は法律で写真に著作権を付与することも許容していると考える。」

そして、写真は物理的存在の機械的複製にすぎないから創作性がないと原告が主張するのに対して、最高裁は、原告の写真が「著作者の創作的な知的観念」を表すか否かを検討する。

「事実認定の第三点は、本件の写真について次のようにいう。すなわち、当該写真は、『有用で、調和のとれた、特徴的な、上品な写真であり、原告は、これをすべて彼の創造的な精神的観念から作り出した。彼は、前記のオスカー・ワイルドにカメラの前でポーズをとらせ、写真中の衣装、敷物その他さまざまな装飾品を選択・配置し、上品な輪郭を醸し出すよう被写体を配置し、光と陰を配置・整理し、意図するところを示唆・主張することによって、彼の創造的な精神的観念に目にみえる形式を与えた。そして、まったく原告が作り出したこれらの整理・配置・表現によって、彼は、本件の写真を作り出した。』これらの事実認定は、本件写真が創造的な技芸上の作品であること、原告の知的考案物であること、原告がその著作者であるところのものであること、また、まさに改正法 4952 条がそうしているように憲法が連邦議会に使用・出版お

よび販売の独占権を与えるべきと考えたところの考案物に属するものであることを証明していると、当裁判所は考える。」

最高裁は、以上のように述べて、創作性の存在が認められるかぎり写真に著作物性を認めることは連邦憲法に反しないこと、本件写真には著作物性を認めるに足る創作性のあること認定し、被告の上告を退けた。

#### [ 解説 ]

この判決は、次の点において重要である。第一に、連邦憲法 1 条 8 項 8 号の「著作者」(author)および「著作」(writings)の文言から、著作物保護の要件として「創作性」(originality)の概念を導き出したこと、第二に、「創作性」の概念は、何らかの知的観念を表すものについて、著作者が「そのものの起源が帰する(owes its origin)ところの者、創作者(originator)、作成者(maker)、科学上・文芸上の作品を完成させた者」であることを意味すること、第三に、写真に著作物性を認めたことである。

本件では、原告による被写体の選択・配置等に写真の創作性を認めている。また、ケネディ大統領がダラスで暗殺された瞬間をたまたま撮影していた素人の写真について、その創作性が争われた事件において、裁判所[Time Incorporated v. Bernard Geis Associates, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968)]は、撮影者によるカメラ・フィルム・レンズ・被写地域・撮影時間・撮影場所の選択に創作性を認めた。したがって、いかなる写真でも、撮影者による被写体・アングル・光量・撮影時間の選択に創作性が認められうる。

---

### 3 ブラインシュティン判決

Bleinstein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239 (1903)

## [ 事実 ]

訴外ウオレスはサーカスを所有し経営していたが、原告は、ウオレスの依頼を受けて、サーカス広告用のポスターを石版画で作成した。ポスターは、ウオレスの肖像画を右上に配し、中央に自転車乗りやバレーを描写したものであった。その後、ウオレスが被告にポスターの作成を依頼したところ、被告は、原告の作成したポスターを複製して、被告のポスター4枚を作成した。そこで、原告が、ケンタッキー地区連邦巡回裁判所に被告を著作権侵害で訴えた。

ケンタッキー地区連邦巡回裁判所は、原告のポスターには著作物性がないとして、原告の訴えを棄却した。第6巡回区連邦控訴裁判所もこれを支持したので、原告は、連邦最高裁判所に上告した。

## [ 争点 ]

実在する物を写實的に描写した作品には創作生が認められないか。実用的作品には著作権の保護が認められないか。

## [ 判旨 ]

連邦最高裁判所は、まず、原告の従業員が原告のポスターを作成した事実によって、そのデザインに対する権利が原告に帰属することを認めた。続いて、創作性について、次のように論じた。

「絵画や版画は、それが機械的用途のために作成された物でないかぎり、連邦憲法が連邦議会にその振興を授権した有用な技芸には属さない、との主張について意見を述べたい。憲法は、有用な技芸を、即物的に必要なを満たす物のみに限定していない。・・・また、原告の絵が実在物 - 目にみえる物 - を描いているという事実によって、たとえそうであっても、原告の権利に影響を与えるものではない。証言によれば、原告の絵は、演技を見て描かれたものではなく、口頭の指示と描写を元に描かれたもののものである。しかし、たとえ実際にある物を描写したものであったとしても、この事実が著作権の保護を奪うものではない。反対説によれば、ベラスケスやウイスラーの顔を他人が絵にすることができるか

ら、ベラスケスやウイスラーの自画像には、[著作権は成立せず]社会の共有財産にしかならないことになる。他の者が原物[ベラスケスやウイスラーの顔]を模写することは自由にできる。他の者が模写物[ベラスケスやウイスラーの自画像]を模写することは自由にできない。・・・当該模写物は、その性質上その作成者の個性の反映である。個性は常に何らかの独自のなものを含んでいる。個性は、筆跡にさえその特異性を表現している。いかに貧弱な芸術であっても、個性にはこれ以上小さくできない何がしかのものがある。これが、その人独自のもの(one man's alone)である。その行為の表現方法に制約があるのでなければ、その作成者はこれに著作権を取得できる。

その行為の表現方法に制約があるならば、当該作品の限られた非真実性に個性は認められない。人名簿などでさえ著作権を認められるが、もっとも非真実性の少ない[もっとも写実的な]絵であっても、人名簿以上の創作性(originality)がある・・・」。

次に、最高裁は、実用的作品の著作物性について、次のように論ずる。

「絵としての性質が大勢の人を引きつけ、そのために現実的使用(取引を増やし金儲けができるという意味において)に役立つということによって、著作物が純粋芸術との関係が薄くなるということがないのは明らかである。絵がたとえ広告用に使用されようと、絵は絵であり、著作権の対象である。そして、現に行われているように絵が石鹸や劇場や月刊誌の広告に使用できるなら、サーカスの広告にも使用できる。・・・

法律にのみ熟練した者が絵画の価値の判定者になることは、極めて狭く明白な範囲を除いては、危険な安請け合いである。極端な場合、天才の作品に価値を見出すことができないであろう。社会が天才のメッセージを理解しうるようになるまで、天才の作品の新奇性が嫌悪感を感じさせるであろう。たとえば、はじめてゴヤのエッチングやマネの絵が世に現れたとき、保護を受けえたであろうか否かは極めて疑わしい。また、極端な場合、裁判官より教養のない一般大衆に受けのいい絵には、著作権の保護が否定されてしまうであろう。大勢の観衆を集めるものであれば、商業的価値がある。それらに美的価値がないとか教養的価値がないと決めつけるのは、不敵にすぎるであろう。大衆の趣味は、軽蔑をもつ

て取り扱われるべきではない。変化を求めるわれわれの希望がどのようなものであれ、それが現在の真実なのである。このような絵画に価値があり成功しているという事実は、原告の権利の存在にも関わらずこれを複製しようとする者がいるという事実によって、十分に証明されている。」

以上のように論じて、原告の上告を認め、1,2 審の判決を破棄し、1 審に審理のやり直しを命じた。

#### [ 解説 ]

この判決は、写実的な絵画にも創作性を認めた。創作性が認められるのは、そこに作成者の「個性」が表れているからだという。しかし、ここでいう「個性」とは、独創性や新規性のような高度の要件ではない。すなわち、自分で作ったことによって作成者の何らかの個性が表れており、創作性は、その作成者が自分で作ったことによって生じる何らかのものに認められる。したがって、たとえば、他人の作品を模写した作品にも創作性が認められうる。(ただし、後述のアルフレッドベル判決で明らかにされるとおり、模写物と元になった物との間に識別可能な改変のあることが必要ではあるが)。

また、この判決は、表現方法が制約されている場合には、当該表現に創作性がないと言う。アイデア等との関係で表現方法が制約される場合、著作権の保護が否定されるが、その理論として2つの系譜が存在する。一つは、ベーカー判決(1879年)以降に発展したマージ理論(merger doctrine)である。もう一つは、この判決から後述のファリスト判決(1991年)で展開されている創作性の概念である。ファリスト判決では、創作性の概念を「当該作品がその著作者によって独立して作成されること、および、当該作品が少なくとも最低限度の創造性(minimal degree of creativity)を有していること」ととらえる。最低限度の創造性の要件によって、不可避の表現および平凡な表現に創作性を否定する。本件判決は、このファリスト判決につながっていく。日本法においても、不可避の表現および平凡な表現に対する著作権の保護は否定されているが、本件判決やファリスト判決と同じように、創作性の概念の問題としてとらえて

いる（システムサイエンス事件 東京高裁平成元年6月20日判決 判時1322号138頁）。

なお、この判決は、応用美術に対する著作権の成立を肯定した。ここでの考え方は、メイザー対シュタイン判決（1954年）において発展させられ、現行法（1976年法）の「絵画、図形および彫刻の著作物」の保護（101条）につながっていく。すなわち、「実用品のデザインは、その物の実用性から識別されかつその実用性から独立する絵画、図形および彫刻の著作物としての特徴を有するときは、そのかぎりにおいて、絵画、図形および彫刻の著作物とみなされる」。他方、日本法においては、応用美術は、一品製作の美術工芸品については著作権の成立が認められるが、量産される美術工芸品については著作権の成立が否定されている。利用される絵画等がいったん独立に製作された後に、実用品に利用して量産すれば著作権の保護が受けられるので、日本法では、均衡を失した結果となっている。

また、日本法では、美術著作物の創作性についてある程度の美的価値を必要とするが、米国法では創作行為のみを問題にし、美的価値を問題にしない。本件判決は、裁判官が美的価値を評価することは危険である、価値があることは複製しようとする者のいることで証明済みである、と述べる。参考に値する。

---

#### 4 アルフレッドベル判決

Alfred Bell & Co. v. Catalda Fine Arts, 191 F.2d 99 (2d Cir. 1951)

##### [ 事実 ]

原告は、イギリスの会社であるが、古い絵画（パブリックドメインに属し著作権の存続しないもの）を元に銅版画を作成し、米国において著作権登録をした。被告は、原告の銅版画を複製した。そこで、原告は、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に被告を著作権侵害で訴えた。



被告は原告の銅版画の著作物性等を争ったが、地裁は、原告の銅版画に著作物性を認め、被告の著作権侵害を認定した。そこで、被告が、第2巡回区連邦控訴裁判所に控訴した。

#### [ 争点 ]

著作権の保護を与えるには、憲法上、特許権を与えるのと同様の高度の要件を要するか。パブリックドメインに属する物を複製した作品にも、著作権が成立するか。原告がイギリスでカルテルを組んでいることによって、アメリカ法上独禁法の抗弁を受けるか。地裁判事による損害賠償額の認定には、裁量権の濫用があるか（独禁法の抗弁と損害賠償額認定の争点については以下省略）。

#### [ 判旨 ]

第2巡回区連邦控訴裁判所は、憲法上、著作権の保護を与えるには特許権を与えるのと同様の高度の要件を要するかという争点について、憲法自身が特許権の要件と著作権の要件を異なったものとみていたと判示するとともに、創作性の要件について次のように論ずる。

「被告の主張は、明らかに『創作的(original)』という言葉の曖昧さから生ずるものである。それは、驚くべき(startling)、新規な(novel)または非凡な(unusual)、過去からの顕著な飛躍を意味しうる。明らかに、これは、『オリジナル・パッケージ』や『オリジナル・ビル』や（最良証拠の法理に関係して言われるところの）『オリジナル・ドキュメント』という場合のオリジナルの意味とは異なる。いずれも、創作における高度の非凡さを意味していない。著作物に関して『創作的』という場合、ある作品についてその『著作者』(author)にその作品の『起源が帰する』(owes its origin)ということの意味する。新規性をいうような大きな制限は課されていないのである。Baker v. Selden 事件において、連邦最高裁は、「他の作品からの盗作でないかぎり、書籍は新規性の有無にかかわらず著作権による保護の対象となる。記述または説明された技術等の新規性と著作権の効力とはまったく無関係である。・・・」と述べている。・・・

以上のように、憲法は著作物に独創性や新規性を要件として課していないことが明らかである。したがって、当裁判所はこれまでも、『パブリックドメインに属するものの複製』であっても『識別可能な改変』(distinguishable variation)が存する限り著作権の成立が認められると判示しており、また、著作物は特許と同様に創作的かつ新規でなければならないとの主張を退けているが、この考えは憲法に反するものではない。・・・憲法と著作権法の両方を満足するに必要なことは、『単にささいな』(merely trivial)改変以上の何か、すなわち、『その人自身のもの』(his own)と認められる何かを『著作者』が創出したということである。このように、創作性とは、単純な複製を禁ずる以上の意味はない。『著作者』の付け加えたものがいかに芸術的に粗末なものであっても、それがその人自身のものであれば十分である。

それゆえに、著作権者に与えられる限定的な保護と特許権者に与えられる広範な保護との違いが認められる。すなわち、著作物とまったく同一のものの独立創作は著作権侵害とはならないが、特許権においては侵害となる。特許権者に広い特権が与えられるのは、著作権に適用のない新規性の法理と相関関係がある。発明者を名乗る者は、実際には先行技術について無知かもしれないが、すべての先行技術を知っているものとみなされる。他方、『著作者』は、すでにある物とまったく同一の作品を独自創作した場合には、著作権を取得できる。また、著作者は、著作権を保有していても、他人が盗作した物でないかぎりそれと同一の物を発行することを禁止することはできない。著作権者と違い、特許権者は、『創作的な』何かを生み出すだけでなく、『第一発明者または発見者』でなければならない。したがって、きわめて類似したまたはまったく同一のものについて複数の著作権が存在しうる。また、複製することなく独立に創作したものであるならば、そのいずれも他者の著作権を侵害するものではない」。

次に、裁判所は、パブリックドメインに属する物を複製した作品にも著作権が成立するかという争点について、次のように判示した。

「著作権法(1909年法)は、『著作物の複製』を保護するだけでなく、・・・パブリックドメインにある著作物の翻訳その他翻案物に著作

権の成立を認める規定を明定している。本件の銅版画は、ここでいう『翻案物』である。それらは、これを作成した者によって『創作された』(originated)物であり、十分な証拠に基づいて地裁判事が認定したところによれば、憲法および著作権法が課す要件を十分に満たしている。原告が当該絵画を模写しようとしたものではないこと、また模写していないことの証拠がある。しかし、たとえ、当該絵画との差異が意図されたものでなかったとしても、著作権は有効に成立していた。複製者の視力が悪いせいで、筋肉の障害のせいで、または、雷鳴の衝撃のせいで、十分に識別可能な改変が生じうる。このような改変が意図せず生じたとしても、『著作者』はこれを自分のものとして採用し、これに著作権を取得することができる。

したがって、パブリックドメインについての被告の議論は、相当ではない。その議論は、被告が本件銅版画を複製したかという侵害の争点についてのみ関係する・・・」。

そして、第2巡回区連邦控訴裁判所は、原告の銅版画の著作物性および被告による著作権侵害についての1審の認定を支持した。

#### [ 解説 ]

この判決は、パローガイル判決やブランシュティン判決と同様に、その作品を作出したこと自体に、創作性の存在を認める。そして、二次的著作物(derivative works)について、改変行為に創作性の存在を認めるとともに、創作性を認めるには「単にささいな改変」にとどまらず、「識別可能な改変」の存在が必要であるとする。

なお、グレイスン判決[Gracen v. Bradford Exchange, 698 F.2d 300 (7th Cir. 1983)]は、二次的著作物について、「識別可能な改変」では足りず、元になった作品との間に「相当な相違」(substantial difference)がなければ創作性がないとする。しかし、ベーカー判決、パローガイル判決、ブランシュティン判決によれば、本件判決が述べるように、創作性とは単純な複製を禁ずる以上の意味はない。そうすると、基本的には、何らかの改変があれば、二次的著作物の成立に必要な創作性は認められるはずである。本件判決が何らかの改変では足りず「識別可能な改変」

が必要であるというのは、識別不可能な改変まで著作権の保護を及ぼせば、パブリックドメインにある元になった作品に再び著作権が及ぶことになってしまうからであると思われる。したがって、二次的著作物の創作性について、本件判決のように「識別可能な改変」を求めることは必要なことであるが、グレイスン判決のように「相当な相違」という高いハードルを課すことには理論的根拠がないように思う。

他方、本判決は、「複製者の視力が悪いせいで、筋肉の障害のせいで、または、雷鳴の衝撃のせいでも、十分に識別可能な改変が生じうる。このような改変が意図せず生じたとしても、『著作者』はこれを自分のものとして採用し、これに著作権を取得することができる」という。これは言い過ぎのように思う。このような偶然の原因で生じた改変には、なんら改変に創作の意思がない。創作の意思がなければ、創作行為とはいえないように思う。パローガイル判決にいう「知的観念の表れ」やブラインシュティン判決にいう「個性の反映」を欠く。

---

## 5 ファイスト判決

Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Co., Inc., 499 U.S. 340 (1991)

### [ 事実 ]

原告（ルーラル社）は、カンサス州北西部に電話サービスを提供する電話会社であるが、独占事業者たる電話会社を規制する州の規則によって、毎年電話帳を発行していた。その電話帳には、電話加入者の氏名のABC順に、加入者の氏名、市町村名、電話番号を記載していた。

被告（ファイスト社）は、広域電話帳の発行を専門にする出版社であり、その電話帳は11の電話会社の電話加入者を網羅し、電話加入者の住所として市町村名のみならず地番まで記載するものであった。電話加入者の情報は独占事業者である各電話会社が握っているので、被告は、11の各電話会社に各電話帳の名簿をライセンスしてくれるよう申し込んだが、原告のみがライセンスを拒否した。原告が被告からのライセンスの

申し入れを拒否したのは、被告の電話帳が 11 電話会社を網羅できなければ広告掲載会社にとってその価値が半減し、原告は従前どおり広告収入を独占できるからであった。やむなく、被告は、原告の電話加入者については、原告の電話帳を原告の承諾なく複製した。複製にあたっては、被告は、従業員に、原告の電話帳に記載されている内容を確認し追加の情報を集めさせたが、約 5000 件中約 1300 件は原告の記載をそのまま使用した。うち 4 件は、原告が複製を発見するために入れておいた架空の電話加入者であった。

そこで、原告は、被告をカンサス地区連邦地方裁判所に著作権侵害で訴えた。連邦地裁も第 10 巡回区連邦控訴裁判所も、原告の電話帳に著作物性を認め、被告の著作権侵害を認定した。被告は、連邦最高裁判所に上告した。

#### [ 争点 ]

電話加入者の氏名の A B C 順に、加入者の氏名、市町村名、電話番号を記載しただけの電話帳に、著作物性はあるか。

#### [ 判旨 ]

連邦最高裁は、事実には著作物性がないが事実の編集物には著作物性があるのは、前者には創作性が存在しないが後者には創作性がありうるからだ、と論ずる。

「事実に対して著作権が成立しないということは、普遍的に理解されているところである。著作権法におけるもっとも根本的な原理は、『いかなる著作者も、彼が表現した彼のアイデアや事実に対して著作権を取得することはできない』（ハーパー・アンド・ロー判決）というものである。・・・しかし、同時に、事実の編集物が著作権の対象であるということには争いがない。・・・

これら二つの命題に緊張関係のあることは否定しようがない。編集物の多くは、生のデータ以外の何ものも含まない。たとえば、なんらの創作的記述をも伴わない全くの事実情報等である。・・・

この緊張関係を解く鍵は、事実に著作物性が認められない理由を理解するところに見出される。著作権成立の必要条件は、創作性である。著作権の保護を受けるには、著作物は当該著作者の創作にかかるものでなければならない。・・・著作権法の用語において創作的であるとは、当該著作物が当該著作者によって独立して作成された (independently created) ものであって、かつ、最低限度の創造性 (minimal degree of creativity) をもっていることをいう (ニマー論文)。明らかに、必要な創造性の程度は、きわめて低い。微かな程度で十分である。ほとんどの著作物は、どんなに幼稚で、粗末で、明白なものであっても何らかの創造的ひらめきを含んでいるので、たやすくその程度の創造性を満たしている。創作性は、新規性を意味しない。著作物は、他の著作物といかに類似していても、その類似性が複製の結果ではなく偶然的なものである限り、なおも創作的である。たとえば、ここに二人の詩人がお互いに他者のことを知らずに全く同一の詩を作った場合、どちらの詩も新規性はないが、どちらも創作的であり、したがって、著作物性がある。

創作性は、憲法上の要件である。連邦議会が著作権法を制定できる権限の根拠規定は、連邦憲法 1 条 8 項 8 号である。・・・ 19 世紀末の二つの判決 (トレードマーク判決およびバローガイル判決) において、当裁判所は、『著作者』 (author) と『著作』 (writing) という重要な言葉の意味を明らかにした。そうして、当裁判所は、これらの言葉が一定程度の創作性を予定するものであることを明らかにした。・・・

『誰も事実について創作性があると主張できない。』これは、事実は著作者の行為にその起源が帰せられる (owe their origin) ものではないからである。その違いは、創造と発見との間の違いである。ある事実を発見し報告する最初の人、その事実を創造するのではない。彼はただ、その存在を発見しただけである。・・・

他方、事実の編集物は、必要な創作性を備えている場合がある。編集物の著作者は、読者が効率的に使用できるように、どの事実を取り込み、これをどの順序に並べ、選び出したデータをどのように配置するかを決定する。選択と配列についてのこのような決定は、編集者によって独立してなされ、最低限度の創造性を備えたものであるかぎり、連邦議会が著作権法によって保護を与えようとした編集物として十分な創作性をもっている。したがって、保護に値する記述をまったく含まない事実だけ

を含む名簿であっても、その選択または配列に創作性がある場合には、憲法上、著作権による保護の最低条件を満足する。

この保護は重要な制約に服する。著作物に著作権が成立するという事実は、当該著作物のすべての要素が保護されるということの意味しない。創作性が、著作権保護の必要条件としてなおも存在する。したがって、著作権の保護は、当該著作物のうち、当該著作者によって創作された要素にのみ及ぶ。それゆえ、編集者は、事実上創作的な記述を付した場合には、当該記述的表現に著作権を主張できる。他の者は、当該出版物から事実を抽出してこれを複製することが許される。・・・選択または配列が創作的である場合には、このような要素について著作権の保護が与えられうる。しかし、いかに様式が創作的なものであっても、事実自体は、組み合わせによって創作的とはならない。」

そして、最高裁は、下級審でしばしば主張される「額の汗」(sweat of the brow)の理論は憲法上の要件である創作性の概念と相入れないとして、これを否定する。

「編集者の労力の多くが対価なしに他人によって使用されるということは、不公正のように見えるかもしれない。ブレナン判事が(ハーパー・アンド・ロー判決において)正しく論じたとおり、これは制定法の予見せざる付随的結果というわけではない。むしろ、これは『著作権の本質』であり、憲法上の要請である。著作権の主たる目的は、著作者の労力に報いることではなく、『科学と有用な技芸を振興する』(憲法 1 条 8 項 8 号)ことにある。この目的のために、著作権は著作者にその創作的表現に権利を与えるが、他の者に、当該著作物が伝達するアイデアや情報を元に自由にこれを発展させることを促しているのである。この法理は、アイデアと表現の二分法とか事実と表現の二分法として知られているが、すべての著作物に適用がある。事実の編集物に適用される場合、創作的な記述が含まれていないとすると、編集者の選択と配列のみが保護され、裸の事実は任意に複製することが許される。この結果は、不公正でも不幸でもない。著作権が科学と技芸を発展させるための手段なのである。

当裁判所は、古くから、事実に基づく著作物に関して、事実と表現の二分法がその保護を大きく制約することを認めてきた。1世紀以上前に

(ベーカー判決において)、当裁判所は、『科学や有用な技芸についての本を発行する目的は、まさに、そこに含まれる有用な知識を世界に伝達することにある。しかし、その本を盗作したとの罪を受けなければその知識を使用できないのであれば、その目的は達成されないことになる』と判示している。・・・

すでに説明したように、創作性は、憲法の要請する著作権保護の要件である。当裁判所は、1909年法以前からこの法理を宣言しているが、1909年法の文言が明確でないために下級審の中には、この要件を見失うものもあった。・・・

問題を悪化させたのは、このような裁判所が事実の編集物の保護について新しい理論を発展させたことにある。『額の汗』(sweat of the brow)の理論ないしは『収集の努力』(industrious collection)の理論として知られているが、その根底にある考え方は、著作権は事実を編集する重労働に対する報酬であるというものである。ジュエラー・サークル出版社判決(1922年第2巡回区連邦控訴裁判所)に登場したこの理論の古典的な理論付けは、『作成に労力を費やした者がその本に著作権を取得できる権利は、収集した素材がパブリックドメインにあるか否かや、このような素材が思想や表現に文学的技量または創作性その他収集の努力以上のなにかを示しているか否か、には関係ない』というものである。

『額の汗』の理論には数多くの欠陥があるが、そのなかでもはなはだしい欠陥は、(編集者の創作的寄与である)選択や配列を越えて、編集された事実そのものに著作権の保護を及ぼす点である。この理論によると、侵害に対する唯一の抗弁は、独立創作(independent creation)である。後に続く編集者は、それ以前に出版された情報の一語一句を取ってくることは許されず、共通の情報源から同じ結果になるように自分で自分用のものをもってこななければならない、とされた。こうして、『額の汗』の理論を採用する裁判所は、何人も事実やアイデアに著作権を取得することはできないという著作権法のもっとも基本的な法理を放棄した。・・・

1909年法を適用した当裁判所の判例は、同法が『額の汗』の理論を許容するものでないことを明らかにしている。一番よい例は、インターナショナル・ニュース・サービス対アソシエイト・プレス事件(International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918))である。この判決において、当裁判所は、1909年法が創作的な著作物の要素にのみ著作権の保護が著作者に与えられることを明瞭に判



示している。・・・このような調査の成果は、一定の場合には、不正競争の理論に基づいて保護が与えられうる。

著作権法の1976年改正は、『額の汗』ではなく創作性が、人名簿その他の事実に基づく著作物に対する著作権保護の試金石であることを明確にした。・・・改正法は、明確化のために労を惜しまず、102条a項において著作権に創作性が必要であることを、102条b項において事実自体は決して創作的でないことを、103条b項において編集物に対する著作権はそこに含まれる事実自体には及ばないことを、そして、101条において編集著作物はそこに含まれる創作的な選択・整理・配列の範囲においてのみ著作物性があることを、丹念に説明している。」

最後に、最高裁は、原告の電話帳には、選択・配列において創作性がないと判示する。

「ファリストがルーラルの電話帳のホワイトページから実質的な量の事実的情報をとったことは、疑問の余地がない。・・・しかし、すべての複製が著作権侵害であるわけではない。侵害を立証するには、二つのことが証明されなければならない。すなわち、(1)有効な著作権の保有と(2)著作物の創作的構成要素を複製したことの二つである。第一の要件は本件では争点とはなっていない。・・・

問題は、ルーラルが第二の要件を証明したか否かである。言い替えれば、ファリストは、ルーラルのホワイトページから1309件の氏名、市町村名、電話番号をとったことによって、ルーラルが創作した何かを複製したか、である。裸のデータ自体は、創作性の要件を満足しないことは明らかである。ルーラルは当該氏名、市町村名および電話番号を最初に発見報告した者であるかも知れないが、このデータはルーラルにその起源が帰するものではない。言い替えれば、これらの情報は、著作物性がない。それらは、ルーラルが報告する前から存在していたものであり、たとえルーラルが電話番号帳を発行しなかったとしても存在し続けていたものである。・・・

残された問題は、ルーラルがこれら著作物性のない情報を創作的な方法で選択・整理・配列したかどうかである。前述のとおり、創作性は厳

しい基準ではない。事実が革新的または驚異的な方法で表されることは必要でない。しかし、事実の選択・配列がいかなる創造性(creativity)をも必要としないほど機械的(mechanical)または月並みな(routine)ものであってはならない、ということも真実である。創作性の基準は低いが存在しないわけではない。当裁判所が説明したことがあるように、憲法は最低限度の創造性を要求しており、侵害されたと主張する著作者は、思想または観念の知的生産の存在を証明しなければならない。

ルーラルのホワイトページにおける選択・整理・配列は、著作権保護のための最低限度の憲法的基準を満足しない。・・・

ルーラルによる項目の選択は自明以外の何物でもない。電話加入を申し込んだ人の最も基本的な情報 - 氏名、市町村名および電話番号 - を掲載しているだけである。これは、一種の『選択』ではあるが、単なる選択を著作物性のある表現にするに必要な最低限度の創造性を欠いている。ルーラルは、当該ホワイトページを有用な人名録にするに十分な労力を費やしているが、これを創作的なものにするに十分な創造性は費やしていない。ちなみに、ルーラルのホワイトページの配列は別の理由で創作性の要件を満たしていない。ファリストは、ルーラルが加入者の氏名および電話番号を出版するについて『選択』さえしていないと指摘している。すなわち、それは、カンサス州会社委員会から独占事業権の付帯義務として、義務づけられていた。したがって、その選択は、ルーラルではなく州法によって与えられたものであると言えそうである。

ルーラルは、事実の整理と配列についても創作性を主張することはできない。そのホワイトページはルーラルの電話加入者をアルファベット順に並べたにすぎない。その配列は、技術的にいえばルーラルにその起源が帰するものである。・・・しかし、ホワイトページの名簿をアルファベット順に配列することはいささかも創造的なものではない。それは、伝統にしっかりと根を下ろした昔からの慣行であり、当然のこととして予想されるほど平凡なものである。・・・それは、創作的でないばかりか、事実上不可避のものである。この古くからある伝統には、憲法が要求する最低限度の創造的ひらめきは存在しない。」

連邦最高裁は、以上のように論じて、ファリストによる著作権侵害を否定し、第 10 巡回区連邦控訴裁判所の判決を破棄し、事件を差し戻した。

## [ 解説 ]

この判決は、約 90 年ぶりに連邦最高裁が創作性の概念を論じたものであり、創作性の概念を明らかにするとともに「額の汗」の理論を否定するなど、その影響は大きいものがある。

この判決のポイントは、( 1 ) 創作性の概念を「当該著作物が当該著作者によって独立して作成された(independently created)ものであって、かつ、最低限度の創造性(minimal degree of creativity)をもっていること」であると定式化した点、( 2 ) 創作性が著作権成立の要件であることは憲法の要請であることを改めて確認した点、( 3 ) 創作性は著作権成立の要件にとどまらず著作物に含まれる要素の保護要件であることを改めて確認した点、( 4 ) 事実を収集した編集著作物においては、事実自体には創作性が認められないから著作権の保護が及ばないが、事実の選択および配列には創作性が認められうるから著作権の保護が及びうることを明らかにした点、( 5 ) したがって、事実の編集物から事実自体を複製することは自由にできる(すなわち、原典に遡って事実を収集し直す必要はない)ことを明らかにした点、( 6 ) 事実を収集した労力に著作権保護を認める「額の汗」の理論は事実自体に独占権を与えることになるので著作権法の基本法理に反するとしてこれを明確に排斥した点、( 7 ) 事実を収集した労力は著作権法ではなく不正競争防止法によって保護されうることを示唆した点、( 8 ) 事実の選択・配列が機械的(mechanical)または月並みな(routine)ものである場合ないしは不可避(inevitable)または平凡(commonplace)なものである場合には、創作性の要素である最低限度の創造性を欠くことを示した点、( 9 ) 事実の選択・配列が編集者の意志に出たものではなく法律の規定に従っただけのものである場合には、選択・配列の行為があったとはいえないことを示した点にあるといえよう。

創作性の概念について、この判決は、「当該著作物が当該著作者によって独立して作成された(independently created)もの」であるだけではならず、さらに「最低限度の創造性(minimal degree of creativity)をもっていること」が必要であるという。後者の要件がなければ、当該著作者が当該著作物を作成したという行為によって、創作性の要件は満足される。後者の「最低限度の創造性」という要件は、いったい何を意味するのか。この判決は、一方で、「必要な創造性の程度は、きわめて低い。

微かな程度で十分である。ほとんどの著作物は、どんなに幼稚で、粗末で、明白なものであっても何らかの創造的ひらめきを含んでいるので、たやすくその程度の創造性を満たしている。創作性は、新規性を意味しない。」という。ここでいう創造性は、バローガイル判決にいう「知的観念の表れ」やブラインシュティン判決にいう「個性の反映」に符合する。したがって、著作者の能力が幼稚で粗末であったために自分の知恵だけに頼って（精神的観念に基づいて）作った物が結果的に「平凡」ないしは「月並み」なものになったとしても、したがってなんら目新しい要素を含んでいなくとも、機械的作業によってできた物ではなく彼の精神的観念に基づく物であるから、最低限度の創造性が認められるであろう。ところが、本件判決は、他方で、事実の選択・配列が機械的(mechanical)または月並みな(routine)ものである場合ないしは不可避(inevitable)または平凡(commonplace)なものである場合には、創作性の要素である最低限度の創造性を欠くという。ここにおいて、創作性の概念は、日本法におけるそれ（前掲システムサイエンス事件参照）と似たアプローチを取っている。私は、表現が不可避ないしは平凡なものである場合、当該表現に対する著作権による保護は否定されるべきと考えるが、創作性の概念によるよりも、マージ理論による方が適切と考える。実は、不可避や平凡という概念は、関係概念であって、表現が「アイデアや事実との関係において」不可避であり平凡であるということの意味している。不可避の表現や平凡な表現は、マージ理論に基づき、表現されている事実やアイデアのコピーの自由を保護するために、著作権の保護が否定される。不可避の表現や平凡な表現は、事実やアイデアのコピーの自由との関係において保護範囲を検討することによって、「不可避」や「平凡」の範囲を決定する視点を見出すことができる。不可避の表現や平凡な表現を創作性の概念の問題としてとらえると、いろいろ問題を生ずる。第1に、デッドコピーである。たとえば、本件判決では、原告の電話帳は、事実の選択・配列が機械的または月並みないしは不可避または平凡であるとして創作性が否定されたが、被告が原告の電話帳を写真製版して自分の電話帳に複製したとすれば、原告の電話帳の版組に創作性を認め著作権侵害を認定していたであろうと思われる。したがって、不可避や平凡な表現の排除を創作性の概念に持ち込むのは矛盾を生ずる。第2に、立証責任である。創作性の立証は原告の責任である。当該著作物が原告の作成にかかる物であることを原告に立証させるのはよい。しかし、その表現が不可避ないしは平凡な表現であることは被告の抗弁として、被告が立証責任を負担すべきである。不可避ないしは平凡な表現でないことの

証明は、悪魔の証明に近い。また、被告からその主張があるまでこれを検討する必要もない。不可避ないしは平凡な表現であることを被告に立証させるのが公平に資する。マージ理論の適用は、抗弁事由であるから、不可避ないしは平凡な表現の主張・立証責任は被告が負担する。

なお、著作権法と不正競争防止法との関係について、付言しておきたい。この判決は、創作性がないために著作権の保護が認められなくても、事実を収集した労力は一定の場合に不正競争防止法(unfair competition)によって保護されうるといふ。日本法でも、平成5年の不正競争防止法の改正によって、模倣行為が禁止された(2条1項3号)。一見、両者は同じ道を歩んでいるように見える。しかし、実は、一方でアメリカ法において創作性がないために著作権の否定される裸の労力が不正競争防止法で保護されるかははなはだ疑問であるが、他方で、日本の不正競争防止法が禁止する模倣行為はアメリカ法では著作権法によって保護されていることを指摘しておきたい。すなわち、第一に、米国法においては、創作性のない裸の「額の汗」ないしは投下労力が保護されるかははなはだ疑問である。本判決が引用するインターナショナル・ニュース・サービス対アソシエイテッド・プレス事件連邦最高裁判決[International News Service v. Associated Press, 248 U.S. 215 (1918)]が創作性のない裸の「額の汗」ないしは投下労力に対する不正競争防止法による保護の道(misappropriation doctrine)を開いたが、ボニートボート判決[Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989)]はこのような州の不正競争防止法が連邦法である著作権法によって排除されると判示している。第二に、米国法においては商品のデザインであっても商品の機能から識別できるデザインであれば著作権の保護が与えられる(101条)のであるが、日本の著作権法における創作性の概念は応用美術についてはきわめて狭く、量産される商品のデザインは保護されない。日本の不正競争防止法(2条1項3号)は、商品の機能から識別できるデザインの複製を禁止しており、日本の著作権法と米国の著作権法とのギャップを埋めるものではあっても、米国法における著作権による保護の範囲を越えて、裸の「額の汗」ないしは投下労力まで保護するものとはなっていない。不正競争防止法が拡大解釈されて、事実やアイデアのコピー自由の原則が侵害されることのないように注意する必要がある。

## 6 まとめ

創作性は、著作権の成立要件であると同時に、著作物の構成要素の保護要件である（ファリスト判決）。

創作性とは、「当該著作物が当該著作者によって独立して作成された (independently created) ものであって、かつ、最低限度の創造性 (minimal degree of creativity) をもっていること」をいう（ファリスト判決）。基本的には、自分が当該著作物を作ったということに創作性が認められる（ブラインシュティン判決）。しかし、当該表現がある事実やアイデアを表すうえで不可避または平凡な表現である場合、著作権による保護は否定されるが、事実ないしはアイデアと表現とのマージを理由とする考え方（後述「IV マージ理論」参照）と、創作性の概念のうちの最低限度の創造性の要件を欠くとする考え方（ファリスト判決）がある（ブラインシュティン判決およびファリスト判決の解説参照）。

写真は、表現される対象をそのまま機械的に再現するだけにすぎないとも考えられるようなものであるが、写真についても創作性が認められる。写真撮影者が被写体を選択し、配列するなどの創作活動をしていると認められるからである（バローギル判決）。

他人の著作物を複製してできた二次的著作物にも、何らかの改変があるかぎり、創作性が認められる。改変行為に創作性が認められるからである。ただし、元の著作物に対して再度の独占権を排除するために、改変は、元の著作物から識別可能の改変でなければならない（アルフレッドベル判決）。

編集著作物においては、素材自体および素材の収集には創作性は認められないが、素材の選択・配列行為に創作性が認められる（ファリスト判決）。

なお、著作権の成立に「新規性」は必要ない。したがって、独立創作により、著作物の内容が同一であってもそれぞれに著作権が成立しうる（アルフレッドベル判決、ファリスト判決）。

